

SEMINAR FÜR SCHWEIZERISCHES BAURECHT

BAURECHTSTAGUNG 1995 / TAGUNGSUNTERLAGE 1

***FRISTEN UND TERMINE - DIE BAUZEIT
IM WERKVERTRAG***

PROFESSOR DR. IUR. PETER GAUCH, UNIVERSITÄT FREIBURG

***Fristen und Termine - Die Bauzeit im
Werkvertrag***

PROFESSOR DR. IUR. PETER GAUCH, UNIVERSITÄT FREIBURG

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	3
Literatur	3
Einige Begriffe ⁴	
I. "Time is of the essence of the contract" - Einleitung	5
II. Fristen und Termine	6
III. Von der Verbindlichkeit der Zeitabreden	9
IV. Die Bauzeitänderung	11
V. Der Schuldnerverzug des Unternehmers nach Gesetz	14
VI. Der Schuldnerverzug des Unternehmers nach der SIA-Norm 118	18
VII. Die Sicherung der Bauzeit durch Konventionalstrafe	20
VIII. Der Annahmeverzug des Bauherrn	23

Abkürzungen

Siehe das allgemeine Verzeichnis. Ausserdem:

ABGB: Allgemeines (österreichisches) bürgerliches Gesetzbuch; **KommSIA 118**: Kommentar zur SIA-Norm; **SJK**: Schweizerische Juristische Kartothek.

Literatur

BENTELE, Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Diss. Freiburg 1994; BRABANT, Les marchés publics et privés dans la C.E.E. et outre-mer, Bd. I, Brüssel 1992; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988; CHAVANNE, Le retard dans l'exécution des travaux de construction: selon le Code des Obligations et la norme SIA 118, Diss. Genf, Basel 1993; CORBOZ, Werkvertrag, Schweizerische Juristische Kartothek, Karten 458 ff.; GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985 (zit.: Gauch, Werkvertrag); GAUCH, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991 (zit.: Gauch, KommSIA118); GAUCH (Herausgeber), Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38-156, Zürich 1992 (zit.: Gauch/Bearbeiter, KommSIA118); GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2 Bde., 5. Aufl., Zürich 1991; GAUTSCHI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abt., 3. Teilbd., Kommentar zu Art. 363-379 OR, Bern 1971; HONSELL/VOGT/WIEGAND, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basel und Frankfurt am Main 1992 (zit.: Honsell/Bearbeiter); PEDRAZZINI, Der Werkvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Bd. VII, 1. Halbbd., Basel und Stuttgart 1977, S. 497 ff. (zit.: Pedrazzini, SPR VII/1); SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1994.

nenrecht, in: «Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg», Schweiz, Bd. 80, Diss. Freiburg 1988; SCHERRER, Nebenunternehmer beim Bauen, in: «Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg», Schweiz, Bd. 132, Diss. Freiburg 1994; SCHRANER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilbd. V 1e, Zürich 1991; SOERGEL, Nichteinhaltung der Leistungszeit bei Bauverträgen, Vortragsunterlage zu den Freiburger Baurechtstagen 1986, Freiburg im Breisgau (Deutschland) 1986; TERCIER, Les contrats spéciaux, 2. Aufl., Zürich 1995; v. TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974; VYGEN/SCHUBERT/LANG, Bauverzögerung und Leistungsänderung, Rechtliche und baubetriebliche Probleme und ihre Lösungen, 2. Aufl., Wiesbaden und Berlin 1994; WEBER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abt., 4. Teilbd., Kommentar zu Art. 68-96 OR, Bern 1983; WERZ, Delay in Construction Contracts, in: «Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg», Schweiz, Bd. 138, Diss. Freiburg 1994; ZELTNER, Die Mitwirkung des Bauherrn bei der Erstellung des Bauwerks, Diss. Freiburg 1993.

Einige Begriffe

Erfüllbarkeit: Eine Forderung/Schuld ist erfüllbar, sobald und solange der Schuldner die geschuldete Leistung erbringen darf. **"Ex nunc":** siehe Kündigung. **"Ex tunc":** siehe Rücktritt. **Fälligkeit:** Eine Forderung/Schuld ist fällig, sobald und solange der Gläubiger die geschuldete Leistung verlangen (einfordern, einklagen) kann und darf. **Frist:** Zeitraum, der zu einem Zeitpunkt (Anfangstermin) beginnt und an einem spätem Zeitpunkt (Endtermin) endet. **Kündigung:** Einseitige (Willens-) Erklärung eines Vertragspartners, welche die Auflösung des Vertrages bewirkt; Kündigung wirkt "ex nunc" (nur für die Zukunft), was bedeutet, dass bereits erbrachte Leistungen nicht zurückerstattet werden müssen. **Mitwirkungshandlungen des Bauherrn:** Handlungen, durch die der Bauherr zur Vorbereitung und Ausführung des Werkes beiträgt. **Nebenunternehmer:** Mehrere Unternehmer sind Nebenunternehmer, wenn sie auf Grund je eines eigenen (separaten) Werkvertrages mit dem Bauherrn eigene Arbeiten für die Einrichtung eines Gesamt-Bauwerkes schulden und ausführen (vgl. Art. 30 der SIA-Norm 118). **Obliegenheit:** Es handelt sich um eine "Pflicht minderen Grades", keine eigentliche Rechtspflicht, zu deren Erfüllung der Belastete angehalten werden kann. **Rücktritt:** Einseitige (Willens-) Erklärung eines Vertragspartners, welche die Auflösung des Vertrages bewirkt; Rücktritt wirkt "ex tunc" (auch für die Vergangenheit), was bedeutet, dass bereits erbrachte Leistungen zurückerstattet werden müssen (bisweilen allerdings versteht das Gesetz den Ausdruck "Rücktritt" im Sinne von Kündigung; z.B. Art. 377 OR). **Termin:** Zeitpunkt, an dem oder bis zu dem etwas geschieht oder geschehen soll, z.B. Fälligkeitstermin (= Zeitpunkt des Fälligkeitseintrittes). **Verfall der Konventionalstrafe:** bedeutet, dass die Pflicht zur Leistung einer vereinbarten Konventionalstrafe entsteht (Konventionalstrafe verfällt mit Eintritt der Bedingung, unter der sie geschuldet ist). **Verspätungsschaden:** Schaden des Gläubigers infolge nicht rechtzeitiger Leistung des Schuldners. **Verspätungsstrafe:** Konventionalstrafe für nicht rechtzeitige Leistung. **Vollendung des Werkes:** Das geschuldete Werk ist vollendet, wenn und sobald der Unternehmer alle vertraglichen Leistungen ausgeführt hat (zu unterscheiden von der Mängelfreiheit). **Vorunternehmer/Nachunternehmer:** Es sind Nebenunternehmer, von denen der eine (der Vorunternehmer) Arbeiten (Vorarbeiten) schuldet/ausführt, an denen der andere (der Nachunternehmer) mit seinen eigenen Leistungen (Anschlussarbeiten) anschliesst/anschliessen muss.

FRISTEN UND TERMINE - DIE BAUZEIT IM WERKVERTRAG

Peter Gauch

Dr. iur., Professor an der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Freiburg

I. "Time is of the essence of the contract" - Einleitung

1. "Time is of the essence of the contract". Dieser Satz, den man in angloamerikanischen Verträgen bisweilen wörtlich abgedruckt findet¹, ist für Baupraktiker eine Selbstverständlichkeit. Frägt man nach den wichtigsten Einzelaspekten des Bauwerkvertrages, so werden die Stichworte "Vergütung", "Mängel" und "Bauzeit" fast gleichzeitig genannt. "Dies nicht nur deswegen, weil bei der Durchführung eines Bauvorhabens eine Mehrzahl von Beteiligten, seien es Planende, Ausführende oder Zulieferer zeitlich abgestimmt ihre Leistungen zu erbringen haben, sondern insbesondere auch deswegen, weil der Zeitfaktor sowohl auf den Preis der Leistung als auch auf die Wirtschaftlichkeit des Bauvorhabens Einfluss nehmen kann".² Dementsprechend sind die Bauzeit und deren Einhaltung für die Parteien des Bauwerkvertrages von wesentlicher Bedeutung. Das gilt einerseits für den Bauherrn, den man bei der rechtlichen Betrachtung der Bauzeit in den Vordergrund zu rücken pflegt, anderseits aber auch für den Unternehmer, dessen Kalkulation und Dispositionsfreiheit in erheblichem Masse von der Bauzeit abhängen.³

2. Trotz der Bedeutung, welche die Bauzeit für die Vertragsparteien hat, ist **die schweizerische Spezialliteratur**, die sich mit der rechtlichen Seite des Themas befasst, ausserordentlich spärlich. Sieht man vom Kommentar zur SIA-Norm 118⁴ ab, sind gerade und nur zwei Werke zu nennen, nämlich:

Jean-Claude Werz,
Delay in Construction Contracts,
Diss. Freiburg 1994.

Bei dieser Dissertation handelt es sich um eine rechtsvergleichende Arbeit. "It examines and compares in detail the rules of the Swiss Code of Obligations and of major Anglo-American

¹ Vgl. *Brabant*, S. 378 f.

² *Soergel*, S. 5.

³ Vgl. etwa *Vygen/Schubert/Lang*, S. 18 und 20.

⁴ Insbesondere: *Gauch/Schumacher*, KommSIA118, Anmerkungen zu Art. 92-98.

jurisdictions, with reference to common standard forms". Mit deutsch- und französischsprachiger Zusammenfassung.

Sylvie Chavanne,
Le retard dans l'exécution des travaux de construction:
selon le Code des Obligations et la norme SIA,
Diss. Genf 1993.

Auch diese Dissertation hat vergleichenden Charakter, jedoch auf rein nationaler Ebene. "Le but de la présente étude est de comparer les situations juridiques résultant de l'application du Code des Obligations, d'une part, et de la norme SIA 118, d'autre part, aux différentes hypothèses de retard".⁵

3. Aber nicht nur die einschlägige Rechtsliteratur ist spärlich, auch **die gesetzliche Regelung** bleibt beim Rudimentären. Jedenfalls enthält das gesetzliche Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) weder eine umfassende noch eine spezifisch bauwerkvertragliche Regelung der Zeitproblematik. Differenzierter sind hingegen die einschlägigen **Bestimmungen der SIA-Norm 118**, mögen sie auch verschiedene Auslegungsfragen aufwerfen.

II. Fristen und Termine

Von der tatsächlichen (faktischen) Bauzeit zu unterscheiden ist die vertragliche Bauzeit (Vertragszeit), die nach dem Inhalt des konkreten Werkvertrages eingehalten werden soll. Diese Bauzeit wird durch vertragliche Fristen und Termine bestimmt und unterteilt. Im Vordergrund steht der Ablieferungstermin.

(Ablieferungstermin)

1. Für jedes Werk, das nicht in Teilen zu liefern ist, gibt es einen **Ablieferungstermin**. Das ist der Zeitpunkt, in dem die Ablieferung des ausgeführten (ganzen) Werkes fällig wird (Art. 75 OR). Der Zeitraum bis zum Eintritt dieses Fälligkeitstermins ist die Ablieferungsfrist.

Das gesetzliche Werkvertragsrecht bezeichnet den Ablieferungstermin als "Lieferungstermin" (Art. 366 Abs. 1 OR), ohne aber zu sagen, wann er eintritt. Den Parteien steht es jedoch frei, den Ablieferungstermin durch Vereinbarung festzulegen.

- Fehlt es an einer entsprechenden Abrede, so bestimmt sich der Ablieferungstermin nach der "Natur des Rechtsverhältnisses" (Art. 75 OR). Danach verfügt der Unternehmer normalerweise über so viel Zeit, als ein versierter Fachmann bei rechtzeitigem Beginn benötigt, um das konkrete Werk in zügiger Arbeit und mit üblichem Einsatz von Arbeitsmitteln und -kräften zu vollenden und abzuliefern.⁶ Ist der Zeitpunkt, an dem der Unternehmer mit der Werkausführung zu beginnen hat, "weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses" bestimmt, so muss der Unternehmer unter Berücksichtigung der notwendigen oder üblichen Vorbereitungszeit "sogleich" nach Vertragsabschluss beginnen (Art. 75 OR).⁷

⁵ Chavanne, S. 25.

⁶ Vgl. BGE 113 II 517; Gauch, Werkvertrag, Nr. 462; Gauch/Schumacher, KommSIA118, Anm. 4, lit. b zu Art. 92; Weber, Berner Kommentar, N 88 zu Art. 75 OR; Werz, S. 82.

⁷ Gauch, Werkvertrag, Nr. 481; Weber, Berner Kommentar, N 80 zu Art. 75 OR.

- Haben die Parteien eine einschlägige Abrede getroffen, so bestimmt sich der Ablieferungstermin nach der getroffenen Vereinbarung. Massgeblich ist alsdann der vereinbarte Termin. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Parteien diesen Termin unmittelbar (z.B. durch Vereinbarung eines Kalendertages) festgelegt oder sich auf eine Ablieferungsfrist geeinigt haben, mit deren Ablauf die Fälligkeit eintritt.

Mit dem Eintritt des Ablieferungstermins wird das Werk zur Ablieferung fällig. Die Ablieferung/Abnahme des vom Unternehmer geschuldeten Bauwerkes setzt dessen Vollendung voraus⁸ und geschieht *von Gesetzes wegen* durch blosser Mitteilung der Vollendung.⁹ Demgegenüber kennt *die SIA-Norm 118* ein ganzes Ablieferungs-/Abnahmeverfahren mit gemeinsamer Abnahmeprüfung (Art. 157 ff.), das durch die Anzeige der vorausgesetzten Vollendung erst eingeleitet wird (Art. 158 Abs. 1) und sich über längere Zeit hin erstrecken kann¹⁰. Soweit sich aus dem konkreten Vertragsverhältnis nicht etwas anderes ergibt, markiert der Ablieferungstermin aber auch im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 nur den Zeitpunkt, an dem der Unternehmer die Vollendung des (tatsächlich vollendeten) Werkes anzuzeigen hat, obwohl hier das Werk nicht schon durch die Anzeige abgeliefert wird.

(Vollendungstermin)

2. Dem Gesagten zufolge besteht ein enger Zusammenhang zwischen Vollendung und Ablieferung (Abnahme) des Werkes. Trotzdem sind die beiden Begriffe klar zu trennen. Das ist deshalb von Bedeutung, weil die Parteien sich in ihren Zeitabreden häufig gar nicht auf einen *Ablieferungstermin*, sondern auf einen **Vollendungstermin** (oder eine Vollendungsfrist) einigen. In den angloamerikanischen Ländern bildet diese Vertragspraxis geradezu den Standard¹¹; und auch für das Bauwesen der Schweiz scheint sie typisch zu sein, wenn man auf Art. 92 der SIA-Norm 118 abstellt. Denn danach legt "der Werkvertrag ... die Fristen fest, bis zu deren Ablauf die übernommenen Arbeiten ausgeführt sein müssen".

Daraus aber ergeben sich verschiedene Rechtsfragen:

- Zunächst fragt sich, wann der Ablieferungstermin eintritt, falls die Parteien zwar einen Vollendungstermin, nicht aber einen Ablieferungstermin vereinbart haben. In sinngemässer Anwendung des Art. 75 OR ist das vollendete Werk sogleich nach der Vollendung abzuliefern¹², was bedeutet, dass der Ablieferungstermin praktisch mit dem Vollendungstermin zusammenfällt, höchstens aber um einen Tag differiert. Das gilt sowohl im Anwendungsbereich des Gesetzes als auch unter der Herrschaft der SIA-Norm 118¹³, die sich in Art. 158 und auch sonst über die Frage ausschweigt, wann der Unternehmer die Vollendung des Werkes anzuzeigen hat.
- Sodann fragt sich, was zur termin-/fristgerechten Vollendung des Werkes gehört. Nach schweizerischer Rechtsauffassung, die auch der SIA-Norm 118 zugrundeliegt¹⁴, ist das Werk vollendet, sobald der Unternehmer sämtliche Arbeiten ausgeführt hat, die er unter

⁸ BGE 118 II 149; 115 II 458 = BR 1990, S. 99, Nr. 130; BGE 113 II 267; *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 94.

⁹ BGE 115 II 459 = BR 1990, S. 99, Nr. 130; ZWR 1988, S. 349; *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 86 f.

¹⁰ Beachte aber Art. 164 der Norm!

¹¹ *Werz*, S. 64 ff.

¹² *Werz*, S. 82 f.

¹³ Vgl. *Werz*, S. 62.

¹⁴ Vgl. *Gauch*, KommSIA118, Anm. 2 zu Art. 157. Zur Frage, ob auch die Aufräumarbeiten zur "Vollendung" gehören: *Gauch*, a.a.O., Anm. 2, lit. c.

Mitberücksichtigung allfälliger Beststellungsänderungen schuldet.¹⁵ Unter Vorbehalt einer andern Abrede ist zur Einhaltung einer vereinbarten Vollendungsfrist erforderlich, aber auch genügend, dass sich das Werk bei Ablauf der Vollendungsfrist in *diesem* Stadium der Vollendung befindet. Vollendung nur in der Hauptsache ("substantial completion") genügt nicht¹⁶; umgekehrt ändert eine allfällige Mangelhaftigkeit des Werkes nichts an seiner Vollendung¹⁷, weshalb Werkmängel der Einhaltung einer Vollendungsfrist nicht entgegenstehen. Das gilt auch unter der Herrschaft der SIA-Norm 118.¹⁸

Im Einzelfall kann streitig werden, ob eine getroffene Frist- oder Terminabrede sich auf die Ablieferung oder die Vollendung des Werkes bezieht. Das gilt namentlich dann, wenn die Parteien für ihre Zeitabrede die Worte "Bauzeit" oder "Vertragszeit" verwendet haben. Kommt die SIA-Norm 118 zur Anwendung, so spricht bei zweifelhaftem Auslegungsergebnis die Vermutung für vereinbarte *Vollendungsfristen* oder -termine.

(Anfangstermin, Zwischentermin und Teillieferungstermin)

3. Vom Ablieferungs- oder Vollendungstermin zu unterscheiden sind:

- Der **Anfangstermin** einer Ablieferungs- oder Vollendungsfrist. Er ist häufig durch ausdrückliche Vereinbarung festgelegt, bisweilen aber so, dass dem Bauherrn ein gewisser Spielraum verbleibt. Beispiele: Die Frist beginnt "14 Tage nach Anweisung des Baugrundes" oder "12 Werktage nach entsprechender Mitteilung durch die Bauleitung"; oder "an einem von der Bauleitung zu bestimmenden Tag innerhalb der ersten 28 Werktage nach Abschluss des Werkvertrages".
Je nach der getroffenen Abrede markiert der vereinbarte Anfangstermin lediglich den Zeitpunkt, an dem die Frist zu laufen beginnt; oder der vereinbarte Anfangstermin ist zugleich der Zeitpunkt, an dem der Unternehmer zur tatsächlichen Aufnahme der Arbeiten verpflichtet ist. Die verwendete Vertragssprache weist vielfach auf die zweite Variante hin (Beispiel: "Der Unternehmer beginnt mit den Arbeiten innerhalb von 12 Tagen nach der Aufforderung durch die Bauleitung"); für die Auslegung der Abrede aber kommt es nicht auf den Wortlaut allein an.
- Allfällige **Zwischentermine** (Zwischenfristen), bis zu deren Eintritt (Ablauf) der Unternehmer bestimmte Arbeitsfortschritte erreicht haben muss. Solche Zwischentermine, die namentlich bei grösseren Bauvorhaben vereinbart werden, gestatten dem Bauherrn eine ständige Kontrolle des Arbeitsfortschrittes und tragen unter anderem dazu bei, die Koordinierung verschiedener Nebenunternehmer sowie die Einhaltung eines vereinbarten Ablieferungs- oder Vollendungstermins sicherzustellen.¹⁹
- Der **Teillieferungstermin**. Er ist der Ablieferungstermin für einen Werkteil, setzt also voraus, dass das Werk in Teilen zu liefern ist (Art. 372 Abs. 2 OR). Trifft dies zu, weil der Unternehmer sich zu Teillieferungen verpflichtet hat, so wird die Ablieferung jedes Werk-

¹⁵ BGE 94 II 164, 48 II 51; ZR 76, 1977, Nr. 105, S. 277; *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 94.

¹⁶ Fehlen allerdings zur Vollendung nur noch ganz unbedeutende, völlig nebensächliche Arbeiten, so kann es rechtsmissbräuchlich sein (Art. 2 Abs. 2 ZGB), wenn der Bauherr sich darauf berufen würde, um die Einhaltung der Vollendungsfrist oder die Ablieferung des Werkes zu bestreiten (vgl. *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 95).

¹⁷ Vgl. BGE 115 II 458; *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 96.

¹⁸ Eingehend: *Werz*, S. 62 f.

¹⁹ *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 464; *Gauch/Schumacher*, KommSIA118, Anm. 3, lit. b zu Art. 92.

teils zu einem besondern Zeitpunkt fällig, weshalb es keinen Ablieferungstermin für das ganze Werk (mindestens aber zwei Teillieferungstermine) gibt.

III. Von der Verbindlichkeit der Zeitabreden

(Fristen = Spätestensfristen)

1. Vereinbarte Fristen und -termine sind für die Parteien verbindlich. Insbesondere hat der Unternehmer die vereinbarten Vertragsfristen einzuhalten. Das ist zwar selbstverständlich, bedarf aber doch der Erläuterung:

(Grundsatz)

a. Die vereinbarten Fristen haben grundsätzlich die **Bedeutung von Spätestensfristen**. Im Rahmen der massgeblichen Vertragsfristen steht es dem Unternehmer deshalb frei, die Zeiteinteilung, den Beginn der zugehörigen Arbeiten und das Arbeitstempo nach seinem Gutdünken zu bestimmen:

- Insbesondere ist der Unternehmer berechtigt, sein Arbeitstempo so zu beschleunigen, dass er die Fristen unterschreitet, indem er das Werk z.B. vor Ablauf einer vereinbarten Vollendungsfrist fertigstellt oder das vollendete Werk dem Bauherrn vor Eintritt des Ablieferungstermins abgeliefert (Art. 81 OR). Zwar kann eine derartige "Beschleunigung" zur Folge haben, dass auch die Fälligkeit der Vergütung (Art. 372 Abs. 1 OR) früher eintritt oder die Vergütungsgefahr (Art. 376 Abs. 1 OR) früher auf den Bauherrn übergeht. Der Bauherr aber hat sie dennoch zu dulden.²⁰
- Solange die Einhaltung der jeweiligen Frist gewährleistet ist (Art. 366 Abs. 1 OR), steht es dem Unternehmer aber auch frei, den Beginn der Arbeiten hinauszuschieben oder das Arbeitstempo erst nach und nach (etwa gegen das Ende der Frist hin) zu steigern. Bei teuerungsabhängiger Vergütung kann eine derartige "Verschiebung" zwar zur Folge haben, dass sich die Teuerungsabrechnung zu Lasten des Bauherrn erhöht. Der Bauherr aber hat sie dennoch zu dulden.

(Einschränkung)

b. Der beschriebene Grundsatz gilt nicht ohne **Einschränkung**, sondern nur, soweit "sich nicht aus dem Inhalt oder der Natur des Vertrages oder aus den Umständen eine andere Willensmeinung der Parteien ergibt"²¹. Ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart kann z.B. sein:

- dass der Unternehmer mit der Ausführung der Arbeiten spätestens, frühestens oder exakt zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnen muss;
- dass der Unternehmer, "während einer vereinbarten Frist ständig und gleichmässig zu arbeiten (hat), ev. kontinuierlich mit einem oder mehreren Nebenunternehmern zusammen (z.B. Taktarbeiten)"²²;

²⁰ Vgl. *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 492 f.

²¹ So: Art. 81 OR hinsichtlich der vorzeitigen Erfüllung.

²² *Gauch/Schumacher*, KommSIA118, Anm. 7, lit. b zu Art. 92.

- dass der Unternehmer bei seiner Zeiteinteilung auf die Vor- oder Anschlussarbeiten anderer Unternehmer Rücksicht zu nehmen hat. Eine dahingehende "Willensmeinung" der Parteien ergibt sich allenfalls schon aus dem Umstand, dass der konkrete Unternehmer an der Errichtung eines Gesamtwerkes mitwirkt, dessen Ausführung eine zeitliche Koordination der einzelnen Unternehmerleistungen voraussetzt.²³

(Bauprogramm)

2. In vielen Fällen werden die Zeitabreden der Parteien durch ein Bauprogramm ergänzt, das in verschiedenen Erscheinungsformen vorkommt, da die Bedürfnisse und Gepflogenheiten der Baupraxis auch diesbezüglich vielfältig sind. Bald wird das Programm vom Unternehmer aufgestellt, bald vom Bauherrn oder seinem Planer. Als **Bauzeitenplan** zeigt es auf, in welcher Reihenfolge und in welchen Zeitabschnitten die einzelnen Arbeiten ausgeführt werden sollen. Entweder bezieht es sich nur auf die Werkleistung eines bestimmten (einzelnen) Unternehmers; oder es erfasst als *übergreifendes Programm* die Ausführung eines Gesamtwerkes, an dem mehrere Unternehmer als Nebenunternehmer beteiligt sind. Wird es graphisch dargestellt, so hat es z.B. die Form eines Balken-, Linien- oder Netzplanes²⁴.

Bildet ein derartiges Bauprogramm Bestandteil eines konkreten Werkvertrages, so stellt sich die **Frage nach der Verbindlichkeit** der darin enthaltenen Zeitangaben. Diesbezüglich ist Zurückhaltung am Platz²⁵, namentlich was allfällige Angaben über den zeitlichen Arbeitsfortschritt innerhalb der vertraglichen Fristen angeht. Sofern die Parteien nicht ausdrücklich (eindeutig) etwas anderes vereinbart haben, handelt es sich bei solchen Angaben nur um unverbindliche Richtlinien.²⁶ Die deutsche VOB geht noch einen Schritt weiter, indem sie im Zweifelsfall auch Zwischenfristen, die ein Bauprogramm enthält, als unverbindlich erachtet. Die einschlägige Auslegungsregel des § 5 Ziff. 1 VOB/B lautet: "In einem Bauzeitenplan enthaltene Einzelfristen gelten nur dann als Vertragsfristen, wenn dies im Vertrag ausdrücklich vereinbart ist". Diese Auslegungsregel, welche die Anschauungen der Praxis wiedergibt, scheint mir auch auf die schweizerischen Verhältnisse übertragbar zu sein. Jedenfalls ist sie "vernünftig", da sie einem unüberlegten Schematismus entgegenwirkt.²⁷

²³ Ebenso: *Schraner*, Zürcher Kommentar, N 16 zu Art. 81 OR.

²⁴ Vgl. dazu *Werz*, S. 227 ff., mit Abbildungen.

²⁵ Vgl. *Werz*, S. 240, 242.

²⁶ *Werz*, S. 242.

²⁷ *Soergel*, S. 18, der zu bedenken gibt: "Würden die in einem Bauzeitenplan aufgeführten Einzelfristen allein durch die vertragliche Bezugnahme auf den Bauzeitenplan verbindliche Vertragsfristen werden, dann würde dadurch ohne Grund dem Bauablauf seine Beweglichkeit genommen, der Auftragnehmer ohne vernünftigen Grund in seiner unternehmerischen Disposition eingeschränkt und das Haftungsrisiko des Unternehmers merklich gesteigert und damit eine vermeidbare Preiserhöhung heraufbeschworen".

(Bauprogramm der SIA)²⁸

3. Wie aber äussert sich die SIA-Norm 118 zum Bauprogramm? Nach dem Modellbild, das der Norm zugrundeliegt, stammt das Programm vom Unternehmer, der es (falls verlangt) als Beilage zum Angebot einreicht (Art. 6 Abs. 1). Das vom Unternehmer einverlangte Programm hat "ungefähre Angaben" zu enthalten, und zwar a. über "den zeitlichen Fortschritt der Arbeiten innerhalb der vertraglichen Fristen"; b. über "die für einzelne Arbeitsperioden vorgesehene Zahl der eingesetzten Arbeitnehmer"; c. über "den vorgesehenen Einsatz der hauptsächlichsten Geräte" (Art. 93 Abs. 1 der Norm).

Dieses Bauprogramm enthält dem Gesagten zufolge auch einen Bauzeitenplan, greift aber darüber hinaus. Nach Art. 93 Abs. 2 dient es "der Information der Bauleitung über den Arbeitsplan des Unternehmers. ... Aus seinen Angaben können Unternehmer und Bauherr" jedoch "nur insoweit Rechte ableiten, als dies die Vertragsurkunde vorsieht". Somit ist das Bauprogramm (mangels anderer Abrede) für beide Teile unverbindlich, namentlich auch, was den "zeitlichen Fortschritt der Arbeiten innerhalb der vertraglichen Fristen" angeht. Solange der Unternehmer die vertraglichen Fristen und Termine einhält, handelt er also nicht vertragswidrig, wenn er in Abweichung seines eigenen Arbeitsplanes rascher oder langsamer arbeitet.

Vertragliche Fristen und Termine jedoch bleiben verbindlich, selbst wenn sie in das Programm einfließen. Ausserdem entfaltet das Bauprogramm einen beschränkten Vertrauensschutz, der sich aus seinem Informationszweck ergibt: Die Bauleitung, die anstelle des Bauherrn bei der Bauausführung mitwirkt, darf sich gegenüber dem Unternehmer solange auf die Angaben des Programms verlassen, "als sie weder erkennt noch aufgrund der konkreten Umstände (z.B. aufgrund des tatsächlichen Baufortschritts) oder einer Mitteilung des Unternehmers erkennen muss (Art. 3 Abs. 2 ZGB), dass der Unternehmer von diesen Angaben abweicht"²⁹.

IV. Die Bauzeitänderung

(Grundsatz und Einschränkung)

1. Vereinbarte Fristen und Termine, insbesondere Vollendungs- und Ablieferungstermine, sind grundsätzlich unveränderlich. Vorbehalten bleiben (selbstverständlich) nachträgliche Abreden der Parteien, durch die das Zeitprogramm in gegenseitigem Einverständnis abgeändert wird. Aber auch sonst gilt der Grundsatz nicht ohne **Einschränkungen**:

²⁸ Vgl. Art. 93 der SIA-Norm 118:

"1) Das Bauprogramm, das der Unternehmer auf Verlangen des Bauherrn eingereicht hat (Art. 6 Abs. 1), enthält ungefähre Angaben über:

- Den zeitlichen Fortschritt der Arbeiten innerhalb der vertraglichen Fristen
- Die für einzelne Arbeitsperioden vorgesehene Zahl der eingesetzten Arbeitnehmer
- Den vorgesehenen Einsatz der hauptsächlichsten Geräte.

2) Das Bauprogramm dient der Information der Bauleitung über den Arbeitsplan des Unternehmers. Es entbindet den Unternehmer nicht von der Einhaltung der vertraglichen Fristen. Aus seinen Angaben können Unternehmer und Bauherr nur insoweit Rechte ableiten, als dies die Vertragsurkunde vorsieht (Art. 21 Abs. 3)."

²⁹ Gauch/Schumacher, Anm. 17, lit. b zu Art. 93.

- Eine erste Einschränkung betrifft den Fall, da die Ausführung des Werkes infolge einer Bestellungsänderung mehr Zeit in Anspruch nimmt, als für die Erfüllung der unveränderten Herstellungspflicht erforderlich gewesen wäre. In diesem Fall werden Ablieferungstermin und allfällige Zwischentermine angemessen hinausgeschoben, sofern nichts anderes vereinbart ist.
- Sodann gibt es Fälle gerechtfertigter Verzögerung, in denen der Unternehmer einen Anspruch auf eine Nachfrist hat. Diese Fälle kommen im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug des Unternehmers zur Sprache (vgl. unten V./C.).
- Und schliesslich finden sich in zahlreichen Bauwerkverträgen vereinbarte Änderungsklauseln, wonach die Bauzeit verändert ("angepasst") wird, sobald bestimmte Umstände zutreten oder eintreten. Damit befasste ich mich nachfolgend im einzelnen:

(Verlängerungs-, Beschleunigungs- und Unterbrechungsklauseln)

2. Die soeben angesprochenen **Änderungsklauseln** kommen in verschiedenen Erscheinungsformen vor.

a. Verbreitet sind vor allem die Verlängerungsklauseln; weniger verbreitet sind Beschleunigungs- und Unterbrechungsklauseln.

- Die Verlängerungsklauseln ("time extension clauses")³⁰ richten sich auf eine Ausdehnung der vereinbarten Vollendungs- oder Ablieferungsfrist (mit entsprechender Rückwirkung auf allfällige Zwischenfristen). Sie können enger oder weiter formuliert sein, je nachdem, wie exakt sie den Verlängerungsgrund und das Ausmass der Verlängerung definieren. Einzelne Verlängerungsklauseln enthalten zwar eine ganze Liste spezifisch umschriebener Verlängerungsgründe, enden dann aber doch mit einer Generalklausel ("catch-all clause"), die mehr oder weniger auf die Wertungen des Rechtsanwendenden abstellt. Viele Klauseln haben auch den Charakter einer Verhandlungsklausel, indem sie die Vertragsparteien unter bestimmten Voraussetzungen verpflichten, über eine angemessene (oder "faire") Verlängerung der Bauzeit zu verhandeln.³¹ Können sich die betreffenden Parteien nicht einigen, so hat der angerufene Richter in sinngemässer Anwendung des Art. 2 Abs. 2 OR zu entscheiden.

In der SIA-Norm 118 finden sich drei Klauseln, die einschlägig sind. Die erste (Art. 90)³² bezieht sich auf den Fall der Bestellungsänderung; die zweite (Art. 94 Abs. 2³³) betrifft die

³⁰ Eingehend und mit Nachweisen: *Werz*, S. 87 ff.

³¹ Beispiel: Art. 90 und 94 Abs. 2 der SIA-Norm 118. Vgl. *Gauch/Schumacher*, Anm. 6 zu Art. 90 und Anm. 15 zu Art. 94.

³² "Erfordert eine Bestellungsänderung die Anpassung vertraglicher Fristen (Art. 92), so hat der Unternehmer Anspruch auf angemessene neue Fristen. Die Vertragspartner setzen die neue Frist durch Vereinbarung fest" (Art. 90).

³³ "Ist die Bauleitung (mit den Mitwirkungshandlungen nach Art. 94 Abs. 1) säumig, so hat der Unternehmer das Recht auf eine angemessene Erstreckung der betreffenden Fristen. Diese werden neu vereinbart" (Art. 94 Abs. 2).

Säumigkeit der Bauleitung; die dritte (Art. 96 Abs. 1³⁴) hat die Bedeutung einer Generalklausel³⁵.

- Die Beschleunigungsklauseln ("acceleration clauses")³⁶ zielen in die umgekehrte Richtung. Unter bestimmten Voraussetzungen gestatten sie dem Bauherrn, vom Unternehmer eine raschere Vertragsabwicklung zu verlangen, so dass der Vollendungs- oder Ablieferungstermin vorverschoben wird. Derartige Klauseln sind eher selten. Nach Art. 95 der SIA-Norm 118 kann der Unternehmer zwar verpflichtet sein, zusätzliche Vorkehren zu treffen, dies aber nur zur *Einhaltung* (nicht zur *Unterschreitung*) der vertraglichen Fristen.
- Die Unterbrechungsklauseln.³⁷ Sie gestatten dem Bauherrn, einen vorübergehenden Baustopp anzuordnen, falls sich bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Auch solche Klauseln sind (jedenfalls in der schweizerischen Vertragspraxis) eher selten. In der praktischen Handhabung führen sie zu mannigfachen Streitigkeiten. Streitig kann vor allem auch sein, ob und für wie lange die vertragliche Bauzeit verlängert wird, wenn der Bauherr vom eingeräumten Unterbrechungsrecht tatsächlich Gebrauch macht. Diese Frage ist durch Auslegung des Vertrages zu entscheiden, was natürlich leichter fällt, wenn der Vertrag sich ausdrücklich dazu äussert. Schweigt sich der konkrete Vertrag aber aus, so kommt es bei einer sinnvollen Auslegung (oder Ergänzung) massgeblich auch auf den in Frage stehenden Unterbrechungsgrund an³⁸.

b. Fehlt es an einer vertraglichen Legitimation durch eine entsprechende Vertragsbestimmung, ist der Bauherr nicht befugt, das Zeitprogramm einseitig abzuändern, auch nicht gestützt auf Art. 377 OR. Nach dieser Bestimmung kann der Bauherr zwar gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers vom Vertrag zurücktreten. Doch verleiht Art. 377 OR dem Bauherrn kein Recht, den Arbeitsbeginn oder die Werkausführung hinauszuschieben.

Ob der konkrete Werkvertrag eine einschlägige Änderungsklausel enthält, beurteilt sich unter Einbezug Allgemeiner Vertragsbedingungen, die übernommen wurden. Nach dem Inhalt vieler Bauwerkverträge verfügt der Bauherr über ein (vorformuliertes oder individuell vereinbartes) Recht zur einseitigen Bestellungsänderung. Dieses Recht aber umfasst im Normalfall nicht auch die Befugnis, nur und gerade die Bauzeit zu ändern.³⁹ Das gilt auch im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118, die das Recht des Bauherrn zur Bestellungsänderung in Art. 84 umschreibt. Ein Recht auf blosser Verzögerung der Werkausführung oder auf andere Änderungen (insbesondere Beschleunigungen oder Unterbrechungen), die ausschliesslich die Ausführungszeit betreffen, ist weder in Art. 84 der Norm noch in einer sonstigen Normbestimmung vorgesehen.⁴⁰

34 "Verzögert sich die Ausführung des Werkes ohne Verschulden des Unternehmers, obwohl dieser die zusätzlichen Vorkehren getroffen hat, zu denen er nach Art. 95 verpflichtet war, so werden die vertraglichen Fristen angemessen erstreckt. Der Anspruch auf Erstreckung besteht aber nur dann, wenn der Unternehmer die Verzögerung und deren Ursache ... ohne Verzug der Bauleitung gemäss Art. 25 angezeigt hat; es sei denn, die Bauleitung habe die Verzögerung und deren Ursache nachweisbar auch ohne Anzeige gekannt" (Art. 96 Abs. 1).

35 Vgl. darüber auch *Chavanne*, S. 111 ff.

36 Eingehend und mit Nachweisen: *Werz*, S. 97 ff.

37 Vgl. *Werz*, S. 101.

38 Vgl. *Werz*, S. 101.

39 Vgl. *Werz*, S. 98.

40 Vgl. *Gauch/Egli*, Anm. 5, lit. b zu Art. 84.

V. Der Schuldnerverzug des Unternehmers nach Gesetz

A. Verzug mit der Ablieferung

Verspätet sich der Unternehmer **mit der Ablieferung des vollendeten Werkes**, so gerät er bei gegebenen Voraussetzungen in Schuldnerverzug.

(Voraussetzungen)

1. Vorausgesetzt ist eine objektiv pflichtwidrige Verspätung⁴¹, allenfalls eine Mahnung nach Art. 102 Abs. 1 OR⁴², nicht aber ein Verschulden des Unternehmers. Im einzelnen:

- Eine *Mahnung* erübrigt sich, wenn der Ablieferungstermin (an dem das Werk zur Ablieferung fällig wird) ein "bestimmter Verfalltag"⁴³ ist (Art. 102 Abs. 1 OR) oder die Mahnung sich zum vornherein als nutzlos erweist⁴⁴.
- Die *Ablieferung* setzt Vollendung des Werkes voraus, nicht aber Mängelfreiheit. Wird ein vollendetes Werk rechtzeitig abgeliefert, so gerät der Unternehmer nicht in Verzug, auch wenn das abgelieferte Werk mangelhaft ist. Zur Anwendung kommen alsdann die Regeln über die Mängelhaftung (Art. 367 ff. OR), nicht die Regeln über den Schuldnerverzug.
- Der Schuldnerverzug setzt kein Verschulden des Unternehmers voraus. Wohl aber sind *gewisse Verzugsfolgen verschuldensabhängig*, soweit die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben. Von Gesetzes wegen setzen die Zufallshaftung (Art. 103 Abs. 1 und 2 OR) und jede Schadenersatzpflicht (Art. 103 Abs. 1, Art. 107 Abs. 2 und 109 Abs. 2 OR) voraus, dass den Unternehmer ein Verschulden am Verzug trifft.⁴⁵ Dem Verschulden gleich steht der Fall, da der Verzug auf dem Verhalten einer Hilfsperson beruht, für das der Unternehmer nach Massgabe des Art. 101 OR einstehen muss.⁴⁶ Abweichende Abreden sind selten, kommen aber vor, etwa in der Form einer vertraglich gewährten "Bauzeitgarantie" des Unternehmers.

(Verzugsfolgen)

2. Die Verzugsfolgen richten sich zwar nach den allgemeinen Art. 103-109 OR⁴⁷. Doch gibt es einige Besonderheiten, die es hervorzuheben gilt. Die wichtigsten sind:

- Die Bestimmung über die *Zufallshaftung* (Art. 103 OR) kommt sinngemäss zur Anwendung, wenn ausserordentliche Umstände im Sinne des Art. 373 Abs. 2 OR eintreten⁴⁸ oder wenn das Werk vor seiner Ablieferung durch Zufall untergeht⁴⁹ oder mangelhaft wird⁵⁰.

⁴¹ Dazu unten V./C.

⁴² Darüber: *Schenker*, S. 27 ff.

⁴³ Zum Begriff des "bestimmten Verfalltages": BGE 116 II 443; *Gauch/Schluemp*, Nr. 2944 ff.; *Schenker*, S. 29 ff.

⁴⁴ Vgl. BGE 97 II 64; *Honsell/Wiegand*, N 11 zu Art. 102 OR; ungenau: *Corboz*, SJK 459, S. 10 f.

⁴⁵ Ausführlich zu Art. 107 Abs. 2 OR: *Schenker*, S. 230 ff.

⁴⁶ Vgl. BGE 117 II 66 f.; *Gauch/Schluemp*, Nr. 2824 ff.; 3006 ff.

⁴⁷ BGE 116 II 452; *Schenker*, S. 163.

⁴⁸ Das Recht des Unternehmers auf Preiserhöhung oder Vertragsauflösung (Art. 373 Abs. 2 OR) entfällt, wenn der Unternehmer sich in verschuldetem Verzug mit der Vertragserfüllung befand und die ausserordentlichen Umstände sich nur wegen seines Verzuges auf die Herstellungskosten

- Der *Verspätungsschaden*, für den der Unternehmer bei verschuldetem Verzuge eintreten muss (Art. 103 Abs. 1 OR), umfasst sowohl Vermögensvermindierungen als auch entgangenen Gewinn. Ausserdem (und das ist das Besondere) wirkt sich die Schadenersatzhaftung des Unternehmers auf einen allfälligen *Teuerungsanspruch* aus. Der Unternehmer verliert den Anspruch auf Erhöhung der Vergütung, soweit die Teuerung erst eingetreten ist, nachdem er mit der Ablieferung im verschuldetem Verzuge war.⁵¹
- Zu den möglichen Verzugsfolgen gehört auch das Recht des Bauherrn, nach Massgabe der Art. 107 ff. OR vom Vertrag zurückzutreten (Art. 109 OR). Der *Rücktritt* wirkt "ex tunc", so dass gegenseitig erbrachte Leistungen zurückzuerstatten sind (Art. 109 Abs. 1 OR). Hat jedoch der Unternehmer mit der Ausführung des Werkes bereits begonnen, so steht es im Belieben des Bauherrn, den Vertrag durch *Kündigung* (statt durch Rücktritt) aufzulösen und das Werk, soweit ausgeführt, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit zu beanspruchen⁵². Ist für den Bauherrn der bis anhin ausgeführte Werkteil trotz Unvollständigkeit des Werkes "brauchbar" (vgl. Art. 379 Abs. 2 OR), so hat er überhaupt nur ein Kündigungsrecht, falls eine Vertragsaufhebung "ex tunc" den Unternehmer mit unverhältnismässigen Nachteilen belasten würde (vgl. Art. 368 Abs. 3 OR, sinngemäss).⁵³

B. Verzug vor Eintritt des Ablieferungstermins

1. Zu den Eigenarten des schweizerischen Werkvertragsrechts gehört, dass der Unternehmer noch vor dem Ablieferungstermin in Schuldnerverzug geraten kann. Zur Anwendung kommt die besondere Verzugsregel des **Art. 366 Abs. 1 OR**, die international als vorbildlich gilt⁵⁴. Ihr Text ist bekannt; er lautet:

"Beginnt der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig oder verzögert er die Ausführung in vertragswidriger Weise oder ist er ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstand, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist, so kann der Besteller, ohne den Lieferungstermin abzuwarten, vom Verträge zurücktreten".

auswirken konnten (*Gauch*, Werkvertrag, Nr. 766 mit Hinweisen; vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 97 Abs. 2).

49 Trifft der Zufall das Werk, während der Unternehmer sich in Verzug befindet, so tritt Art. 376 OR, falls der Unternehmer nicht den Entlastungsbeweis nach Art. 103 Abs. 2 OR erbringt, hinter Art. 103 Abs. 1 OR zurück, der alsdann sinngemäss zur Anwendung kommt. Einzelheiten bei *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 818.

50 Nach Art. 368 OR setzt die Haftung des Unternehmers für Mangelfolgeschäden ein Verschulden voraus. Entstand der Werkmangel aber nur deshalb, weil der Unternehmer sich in Verzug befand, so genügt es in sinngemässer Anwendung des Art. 103 OR, dass ihn ein Verschulden am Verzuge trifft (*Gauch*, Werkvertrag, Nr. 1328).

51 Vgl. *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 470; ausdrücklich: SIA-Norm 118, Art. 97 Abs. 2; *Gauch/Schumacher*, KommSIA118, Anm. 7 zu Art. 97.

52 BGE 116 II 452 = BR 1991, S. 96, Nr. 151; ZWR 1992, S. 365 = BR 1994, S. 51, Nr. 95; *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 488.

53 *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 489.

54 *Brabant*, S. 378.

(Der Verzugsfall)

2. Art. 366 Abs. 1 OR regelt den Verzug in der Ausführung des Werkes⁵⁵. Dieser Schuldnerverzug tritt ein, wenn der Unternehmer sich mit der **Herstellung** des geschuldeten Werkes (objektiv) **pfllichtwidrig verspätet** und vom Bauherrn, soweit erforderlich, gemahnt wird (Art. 102 OR). Ein Verschulden ist nicht vorausgesetzt.

Eine Verspätung liegt nach Art. 366 Abs. 1 OR in drei Fällen vor:

- Wenn der Unternehmer *"das Werk nicht rechtzeitig" beginnt*. Wurde der Zeitpunkt des Arbeitsbeginns durch Vereinbarung festgelegt, so ist massgeblich der vereinbarte Zeitpunkt. Sonst kommt es für die Bestimmung dieses Zeitpunktes auf die "Natur des Rechtsverhältnisses" oder (in letzter Linie) auf die dispositive Sogleichregel des Art. 75 OR an. Davon war bereits die Rede (vgl. oben II/1.).
- Wenn der Unternehmer *"die Ausführung in vertragswidriger Weise" verzögert*, indem er z.B. einen vereinbarten Zwischentermin verpasst oder nur einschichtig statt (wie vereinbart) mehrschichtig arbeitet.
- Wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Werkes *"so sehr im Rückstande ist, dass die (für die Einhaltung des Ablieferungstermins vorausgesetzte) rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist"*. Dieser dritte Verspätungsfall ist gewissermassen der "Generalfall". Seine Merkmale sind zum Beispiel erfüllt, wenn der Unternehmer Arbeitsmittel, Arbeitskräfte, Bauteile oder andere Stoffe in so unzureichender Weise einsetzt, dass der Termin für die Ablieferung des vollendeten Werkes offenbar nicht mehr eingehalten werden kann, sofern nicht Abhilfe geschafft wird.⁵⁶

Gehört zum konkreten Werkvertrag ein Bauprogramm, so ist von erheblicher Bedeutung, ob darin enthaltene Zwischenfristen oder sonstige Angaben über den zeitlichen Arbeitsfortschritt für den Unternehmer verbindlich sind (vgl. oben II./2.). Fehlt es in casu an der Verbindlichkeit, so vermag die blossе Tatsache, dass der Unternehmer sich nicht an diese Daten hält, weder eine vertragswidrige Verzögerung noch eine sonstige Verspätung im Sinne des Art. 366 Abs. 1 OR zu begründen.

(Das Rücktrittsrecht des Bauherrn)

3. Die Rechtsfolge, die Art. 366 Abs. 1 OR mit dem Schuldnerverzug verknüpft, ist ein **Rücktrittsrecht** des Bauherrn. Was über das verzugsbedingte Rücktrittsrecht nach Eintritt des Ablieferungstermins gesagt wurde (V./A./2.), gilt auch hier. Hat der Unternehmer mit der Ausführung des Werkes bereits begonnen, so steht es dem Bauherrn also frei, den Vertrag durch Kündigung (statt durch Rücktritt) aufzulösen; in gewissen Fällen ist er sogar auf ein Kündigungsrecht beschränkt.

Die praktische Erfahrung zeigt, dass eine Vertragsauflösung aus Verzug nur selten erwogen wird, am ehesten noch, wenn der Unternehmer sich schon mit dem Beginn der Werkausführung verspätet. Je weiter die Bauarbeiten fortschreiten, desto zurückhaltender wird ein Bauherr in der Ausübung seines Rücktritts-(Kündigungs-)rechts.

⁵⁵ BGE 115 II 55 = BR 1990, S. 42, Nr. 41; Chavanne, S. 54 ff.; Schenker, S. 163; Werz, S. 244 ff.

⁵⁶ Ähnlich: Soergel, S. 28.

(Ergänzung durch allgemeines Verzugsrecht)

4. Die Regelung des Art. 366 Abs. 1 OR ist äusserst kurz und lückenhaft. Dementsprechend bedarf sie einer **Ergänzung** durch das allgemeine Verzugsrecht (Art. 102-109 OR)⁵⁷. So kommen die allgemeinen Regeln über

- die Mahnung (Art. 102 OR)⁵⁸,
- die Zufallshaftung (Art. 103 OR),
- den Verspätungsschaden (Art. 103 Abs. 1 OR),
- die Nachfristansetzung (Art. 107/108 OR)⁵⁹
- und die Schadenersatzpflicht des Unternehmers bei Rücktritt des Bauherrn (Art. 109 Abs. 2 OR)

auch im Bereich des Art. 366 Abs. 1 OR zur Anwendung. Ist der Unternehmer für seinen Verzug aus Verschulden oder Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) verantwortlich, so hat der Bauherr ausserdem die Wahl, unter Verzicht auf weitere Leistungen des Unternehmers "Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens" zu verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR)⁶⁰, wenn er diese Möglichkeit einer Vertragsauflösung durch Rücktritt oder Kündigung vorzieht. Dass Art. 366 Abs. 1 OR die genannte Möglichkeit mit Schweigen übergeht, hat nicht die Bedeutung eines Ausschlusses, bringt aber zum Ausdruck, dass in der Vorstellungswelt des historischen Gesetzgebers die Auflösungsvariante offenbar den Vorrang hatte.

C. Die gerechtfertigte Verzögerung

1. Jeder Schuldnerverzug setzt ein objektiv pflichtwidriges (nicht schuldhaftes!) Verhalten voraus.⁶¹ An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn ein Grund vorliegt, der die Verzögerung objektiv rechtfertigt. Gerechtfertigt sind⁶²:

- Verzögerungen, die darauf beruhen, dass der Unternehmer seine Arbeit gestützt auf *Art. 82 oder 83 OR* einstellt.⁶³
- Verzögerungen, die auf einem *Annahmeverzug des Bauherrn* (Art. 91 OR) beruhen, indem sie ihren Grund z.B. im Verzug des Bauherrn mit der Aushändigung von Plänen, Ausführungsweisungen oder andern Mitwirkungshandlungen haben.
- Verzögerungen, die *auf anderen Umständen* beruhen, für welche der Bauherr einzustehen hat. Den Bauherrn braucht kein Verschulden (im Sinne eines Vorwurfes) zu treffen (ungenau formuliert: Art. 366 Abs. 1 OR). Vielmehr genügt es, dass die Ursache der Verzögerung (analog zu Art. 378 OR) aus seinem Risikobereich stammt und dem Unternehmer keine Verletzung der Anzeigepflicht (Art. 365 Abs. 3 OR) zur Last fällt.⁶⁴ In den Risi-

⁵⁷ Chavanne, S. 45; Gauch, Werkvertrag, Nr. 482; Werz, S. 245 ff.

⁵⁸ Gautschi, Berner Kommentar, N 1c zu Art. 366 OR.

⁵⁹ BGE 115 II 55; 98 II 115; 46 II 251; Corboz, SJK 459, S. 12; Tercier, Nr. 3475.

⁶⁰ Schenker, S. 163 f.; anders: Gautschi, Berner Kommentar, N 2a zu Art. 366 OR.

⁶¹ Gauch/Schluep, Nr. 2932 ff.; Gautschi, Berner Kommentar, N 4d zu Art. 366 OR; Werz, S. 113.

⁶² Vgl. Gauch, Werkvertrag, Nr. 483 ff.

⁶³ Chavanne, S. 171 ff..

⁶⁴ Ablehnend: Chavanne, S. 57.

kobereich des Bestellers fallen z.B. auch objektbezogene Demonstrationen, welche den Beginn oder den Fortgang der Arbeit erheblich verzögern können.⁶⁵

- *Nicht aber* vorübergehende Leistungshindernisse (z.B. Streiks, Schlechtwettertage, Verzug eigener Materiallieferanten), die sich dem Risikobereich des Bauherrn entziehen. Das gilt selbst dann, wenn das Hindernis auf höherer Gewalt (etwa Krieg) beruht oder der Unternehmer ausserstande ist, dem Hindernis mit zumutbaren Mitteln zu begegnen. "Ausserordentliche Umstände", welche die "Fertigstellung" des Werkes hindern, sind aus sich heraus also kein Grund, der einen Schuldnerverzug ausschliesst. Auch aus Art. 373 Abs. 2 OR lässt sich kein Anspruch des Unternehmers auf eine Verlängerung der Bauzeit ableiten.⁶⁶ Das mag zwar überraschen, steht aber im Einklang mit der Tatsache, dass der Schuldnerverzug nach schweizerischem Recht kein Verschulden voraussetzt.

2. Eine gerechtfertigte Verzögerung hat zur Folge, dass sich das Zeitprogramm des Unternehmers (inkl. Zwischentermine) um eine angemessene Nachfrist, mindestens aber um den eingetretenen Rückstand verschiebt.⁶⁷ Vorbehalten bleiben Fälle, in denen sich aus Parteiabrede oder sinnvoller Ergänzung des Vertrages etwas anderes ergibt.

D. Der Verzug bei Teillieferungspflicht

Ist das Werk in Teilen zu liefern (Art. 372 Abs. 2 OR), so liegt ein Sonderfall vor, für den das Gesetz aber keine besondern Verzugsregeln enthält. Was über den Schuldnerverzug des Unternehmers bisher ausgeführt wurde, gilt sinngemäss. Gerät der Unternehmer mit dem letzten Teil in Verzug, so richten sich die Verzugsfolgen nach den allgemeinen Art. 103-109 OR, sonst nach Art. 366 Abs. 1 OR, der seinerseits durch die allgemeinen Verzugsregeln ergänzt wird.⁶⁸

VI. Der Schuldnerverzug des Unternehmers nach der SIA-Norm 118

(Der einschlägige Text)

1. Auch die SIA-Norm 118 befasst sich mit dem Schuldnerverzug des Unternehmers, ohne aber das Wort "Schuldnerverzug" zu verwenden. **Die einschlägigen Bestimmungen** (Art. 95 - 98) befinden sich im Kapitel über die "Fristen" (Art. 92 ff.). Sie weichen teilweise vom Gesetz ab, sind "komplizierter" als das Gesetz und nach der Kommentarmeinung von *Schumacher* fast "undurchdringlich".⁶⁹ Mit Rücksicht auf diesen Sachverhalt scheint es mir richtig, den massgeblichen Text in der Originalsprache vorzustellen und mündlich zu kommentieren. Der Text ist auf der Nebenseite abgedruckt.

⁶⁵ Zu den Verspätungen infolge verzögerter oder mangelhafter Vorunternehmerleistung vgl. unten VIII./2.

⁶⁶ Teilweise anders: *Chavanne*, S. 100 ff.; *Werz*, S. 103 f.

⁶⁷ *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 485; *Honsell/Zindel/Pulver*, N 16 zu Art. 366 OR.

⁶⁸ So schon *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 491.

⁶⁹ *Gauch/Schumacher*, KommSIA118, Vorbem. zu Art. 92-98, lit. b, a.E.

(Eigenarten der SIA-Regelung)

2. Die Verzugsordnung der SIA-Norm 118 gibt zu vielfältigen Bemerkungen Anlass (vgl. den eingehenden Kommentar bei *Gauch/Schumacher*, KommSIA118, Anmerkungen zu Art. 95-98). Hervorzuheben sind die folgenden **Eigenarten** der SIA-Regelung:

a. Nach der SIA-Norm 118 setzt der Verzug des Unternehmers ein Verschulden voraus (vgl. Art. 95/96 Abs. 1)⁷⁰. Unverschuldete Verzögerungen berechtigen zu einer angemessenen Fristerstreckung (Art. 96 Abs. 1), sofern der Unternehmer die zusätzlichen Vorkehren getroffen hat, zu denen er nach Art. 95 verpflichtet war.

Für die Erstreckung von Fristen infolge Beststellungsänderung oder Säumigkeit der Bauleitung verweist Art. 96 Abs. 3 auf die einschlägigen Art. 90 und 94 Abs. 2 der Norm.

b. Was die Verzugsfolgen angeht, verweist Art. 96 Abs. 4⁷¹ der Norm zunächst auf das *Rücktrittsrecht* des Art. 366 Abs. 1 OR und erklärt, was die Nachfristansetzung und den Schadenersatz angeht, die Bestimmungen der Art. 107 - 109 OR als anwendbar. Weitere Verzugsfolgen werden in Art. 97 und 187 Abs. 5 der Norm umschrieben. Auffällig sind vor allem zwei Punkte:

- Die SIA-Norm 118 schweigt sich darüber aus, ob der Eintritt der Verzugsfolgen an *das Erfordernis einer Mahnung* geknüpft ist. Der Rechtsanwender steht vor der schwierigen Auslegungsfrage, ob dies ein qualifiziertes Schweigen ist oder ob der dispositive Art. 102 OR ergänzend eingreift, was *Schumacher* für den Anwendungsbereich des Art. 96 Abs. 4 befürwortet.⁷²
- Die Normbestimmung des Art. 96 Abs. 4 bezieht sich nur *auf das Rücktrittsrecht des Art. 366 Abs. 1 OR*, weshalb sie unvollständig ist. Denn erstens vernachlässigt sie den Fall, da der Ablieferungstermin bereits eingetreten ist, so dass das Rücktrittsrecht des Bauherrn sich von Gesetzes wegen ausschliesslich nach den allgemeinen Verzugsregeln des OR (nicht nach Art. 366 Abs. 1 OR) richtet⁷³. Und zweitens vernachlässigt sie das alternative Recht des Gläubigers, auf die nachträgliche Leistung des Schuldners zu verzichten und Ersatz des Nichterfüllungsschadens zu verlangen (Art. 107 Abs. 2 OR). Dieser alternative Rechtsbehelf wird in Art. 96 Abs. 4 der Norm zwar nicht ausdrücklich erwähnt, ist nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung aber nicht ausgeschlossen⁷⁴, so wenig wie im Anwendungsbereich des Art. 366 Abs. 1 OR, auf den die Norm Bezug nimmt.

c. Wie bereits gesagt, kennt die SIA-Norm 118 ein ganzes Ablieferungs-/Abnahmeverfahren, das durch die Anzeige der Vollendung erst eingeleitet wird (Art. 158). Zeigen sich bei diesem Verfahren wesentliche Werkmängel und wird die Abnahme bis zu deren Behebung zurückgestellt (Art. 161), so fragt sich, ob der Unternehmer infolge der Rückstellung in Schuldnerverzug geraten kann. Nach Massgabe der Norm ist die Frage zu verneinen:

Hat der Unternehmer das Werk rechtzeitig vollendet und die Vollendung rechtzeitig angezeigt⁷⁵, so gerät er nicht in Schuldnerverzug, auch wenn das Werk mangelhaft ist und sich der Zeitpunkt der Abnahme infolge wesentlicher Mängel verzögert. Die Rechtsfolgen der Mangel-

⁷⁰ Vgl. *Werz*, S. 114. Dem Verschulden gleichzustellen ist eine entsprechende Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR).

⁷¹ Vgl. darüber auch *Werz*, S. 250 f.

⁷² *Gauch/Schumacher*, KommSIA118, Anm. 30, lit. b zu Art. 96.

⁷³ *Gauch/Schumacher*, KommSIA118, Anm. 31, lit. a zu Art. 96.

⁷⁴ *Gauch/Schumacher*, KommSIA118, Anm. 31, lit. b zu Art. 96.

⁷⁵ Vgl. dazu oben II./2.

haftigkeit beurteilen sich ausschliesslich nach den Regeln über die Abnahme und die Mängelhaftung (Art. 157 ff./165 ff.), nicht nach Art. 95 oder 96 der Norm.

Eine andere Rechtslage besteht dann, wenn der konkrete Werkvertrag trotz Übernahme der SIA-Norm 118 eine Frist vorsieht, bis zu deren Ablauf die Ablieferung/Abnahme *vollzogen* sein muss. Im Falle einer solchen Vertragsgestaltung kann die normgemässe Zurückstellung der Abnahme infolge wesentlicher Werkmängel zum Schuldnerverzug des Unternehmers führen. Da aber die SIA-Norm 118 die Vertragsfristen als Vollendungsfristen begreift (vgl. oben II./2.), ist dieser Fall in der Norm selber nicht unmittelbar geregelt. In der Praxis dürfte er selten vorkommen; und soweit er vorkommt, stellt er erhebliche Probleme, etwa im Zusammenhang mit der bauseitigen Mitwirkung an der Abnahmeprüfung oder dem Ineinandergreifen von Schuldnerverzug und Mängelhaftung.

VII. Die Sicherung der Bauzeit durch Konventionalstrafe

(Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe)

1. Da die rechtzeitige Erfüllung des Werkvertrages für den Bauherrn von entscheidender Bedeutung sein kann, lässt der Bauherr die Einhaltung der Bauzeit bisweilen durch eine Bankgarantie absichern. Davon soll vorliegend allerdings nicht die Rede sein, da entsprechende Bankgarantien in der Schweiz noch selten anzutreffen sind. Viel häufiger kommt es vor, dass sich der Bauherr von seinem Unternehmer eine **Konventionalstrafe** für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit (Art. 160 Abs. 2 OR) versprechen lässt.⁷⁶

- Diese Strafe, die der Unternehmer als Verspätungsstrafe zu leisten verspricht, besteht normalerweise in der *Zahlung einer Geldsumme*. Je nach dem Inhalt der konkreten Strafabrede ist die geschuldete Strafsumme entweder von Anfang an fixiert oder abhängig von der Dauer der Verspätung (z.B. 0.10% des Vertragspreises pro Tag, maximal aber 10%). Möglicherweise wird auch vereinbart, dass der Unternehmer bei verspäteter Leistung einen Teil seines Vergütungsanspruches verliert.⁷⁷
- Die *Höhe der Strafe* kann beliebig festgesetzt werden (Art. 163 Abs. 1 OR). Eine übermässig hohe Strafe unterliegt zwar der Herabsetzung (Art. 163 Abs. 3 OR)⁷⁸, macht die Strafabrede aber nicht unverbindlich.
- Entgegen verbreiteter Ansicht in der Baubranche hängt die Verbindlichkeit der Strafabrede nicht davon ab, dass der Unternehmer bei beschleunigter Werkleistung einen vertraglichen *Anspruch auf eine Prämie* hat. Auch Art. 98 Abs. 1 der SIA-Norm 118 bringt klar zum Ausdruck, dass Straf- und Prämienabreden je isoliert vereinbart werden können. Ist aber eine Prämie vereinbart, so gilt es zu beachten, dass der Prämienanspruch unter der

⁷⁶ Vgl. darüber *Werz*, S. 142 ff.; Zur Konventionalstrafe in der internationalen Vertragspraxis: *Brabant*, S. 513 ff.

⁷⁷ Ob dies eine Strafabrede im Sinne einer Konventionalstrafe ist, mag zwar umstritten sein (vgl. *Bentele*, S. 15 f. und 131; *Gauch/Schluemp*, Nr. 3916 mit Verweisen; *Honsell/Ehrat*, N 9 f. zu Art. 160 OR ; ablehnend: BGE 80 II 123 ff.). Jedenfalls aber rechtfertigt es sich, die gesetzlichen Regeln über die Konventionalstrafe sinngemäss anzuwenden (vgl. *Bentele*, S. 132; *Bucher*, OR Allgemeiner Teil, S. 523, Anm. 7).

⁷⁸ Darüber: *Bentele*, S. 109 ff.

Herrschaft der SIA-Norm 118 spätestens mit der Schlussabrechnung geltend gemacht werden muss (vgl. Art. 153 Abs. 3/156 der Norm).

(Die Rechtslage bei vereinbarter Konventionalstrafe)

2. Die Rechtslage bei vereinbarter Konventionalstrafe bestimmt sich nach Massgabe der getroffenen Strafabrede und nach Gesetz. Die SIA-Norm 118, die als Vertragsbestandteil übernommen werden kann, erinnert in Art. 98 an die Möglichkeit, Konventionalstrafen zu vereinbaren (Abs. 1), und regelt ausserdem zwei Einzelfragen (Art. 98 Abs. 2 und 3). Die gesetzliche Ordnung findet sich in den Artikeln 160 - 163 OR (darüber jetzt *Benteler*, Die Konventionalstrafe nach Art. 160 - 163 OR, Diss. Freiburg 1994). Nachfolgend werden einige Merkmale hervorgehoben, die im vorliegenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung sind:

(Verfall der Strafe)

a. Die vereinbarte Verspätungsstrafe verfällt nach Massgabe der getroffenen Strafabrede. In aller Regel ist vereinbart, dass die Konventionalstrafe verfällt, wenn der Unternehmer die Vollendung oder die Ablieferung des vollendeten Werkes verzögert. Vereinbart kann aber auch sein, dass der Unternehmer die Konventionalstrafe zu leisten hat, wenn er mit der Ausführung des Bauwerkes nicht rechtzeitig beginnt, einen vereinbarten Zwischentermin verpasst oder sich bei vereinbarter Teillieferungspflicht mit der Vollendung oder Ablieferung eines Werkteiles verspätet. Beizufügen bleibt:

- Nach dem Inhalt der vereinbarten Strafabrede entscheidet sich immer auch, ob der Verfall der Konventionalstrafe vom Schuldnerverzug des Unternehmers und von dessen Verschulden abhängt. Bei unsicherem Auslegungsergebnis spricht die Vermutung dafür, dass eine *verzugsabhängige Konventionalstrafe* vereinbart wurde⁷⁹. Und mangels anderer Abrede kann die vereinbarte Strafleistung nur gefordert werden, wenn der Unternehmer sich *nicht zu exkulpieren* vermag (Art. 163 Abs. 2 OR, sinngemäss).⁸⁰
- Ob der Bauherr einen (*Verspätungs*-)Schaden erleidet oder nicht, hat hingegen keinen Einfluss auf den Verfall der Konventionalstrafe (Art. 161 Abs. 1 OR). Die Strafe verfällt selbst dann, wenn dem Bauherrn überhaupt kein Schaden erwachsen oder der erwachsene Schaden nicht ersatzfähig ist. Hat aber der Bauherr einen ersatzfähigen Schaden erlitten und übersteigt dieser den Betrag der Strafe, so kann er nach Art. 161 Abs. 2 OR den Mehrbetrag einfordern, wenn er ein Verschulden des Unternehmers nachweist. Die Konventionalstrafe ist also auf den zu leistenden Schadenersatz anzurechnen, wenn nicht etwas anderes vereinbart wurde, was Art. 98 Abs. 3 der SIA-Norm ausdrücklich hervorhebt.
- Ist die Konventionalstrafe *für die Nichteinhaltung des Vollendungs- oder Ablieferungstermins* vereinbart, so verfällt sie *nicht*, wenn das Werk zwar rechtzeitig vollendet oder abgeliefert wird, jedoch mangelhaft ist. Anders verhält es sich, wenn die Konventionalstrafe auch für den Fall versprochen wurde, dass der Unternehmer es versäumt, rechtzeitig ein *mängelfreies* Werk herzustellen oder abzuliefern.

⁷⁹ *Benteler*, S. 82; *Bucher*, OR Allgemeiner Teil, S. 526; *Honsell/Ehrat*, N 15 zu Art. 160 OR; anders: *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 472 und dort Zitierte.

⁸⁰ *Benteler*, S. 79 f.; *Bucher*, OR Allgemeiner Teil, S. 526; *Werz*, S. 144; anders: *Gauch/Schumacher*, KommSIA118, Anm. 1, lit. c zu Art. 98; unklar: *Gautschi*, Berner Kommentar, N 6g zu Art. 364 OR.

(Erforderlicher Vorbehalt)

b. Nach Art. 160 Abs. 2 OR kann die Konventionalstrafe, die der Unternehmer für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit versprochen hat, "nebst der Erfüllung des Vertrages" gefordert werden (vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 98 Abs. 3). Falls aber der Bauherr "die Erfüllung vorbehaltlos annimmt", verliert er seinen Anspruch auf die vereinbarte Verspätungsstrafe (Art. 160 Abs. 2 OR)⁸¹, und zwar gleichgültig, ob er den Anspruch kennt und darauf verzichten will oder nicht⁸². Deshalb muss der Bauherr, um seinen Anspruch zu wahren, die Strafe spätestens bei der Ablieferung (Abnahme) des vollendeten Werkes geltend machen⁸³. Diese (dispositive) Regel bedarf der Konkretisierung durch die nachstehenden Einzelregeln⁸⁴:

- Wird das Werk durch die blosser Mitteilung der Vollendung abgeliefert, so ist der Vorbehalt unmittelbar (unverzüglich) nach Eingang der Mitteilung zu erklären.⁸⁵
- Haben die Parteien den Zeitpunkt, an dem das Werk zwischen ihnen als abgeliefert und abgenommen gilt, vertraglich festgelegt, so bildet dieser Zeitpunkt auch die Zeitgrenze für einen wirksamen Vorbehalt.⁸⁶ Zur Anwendung auf die SIA-Abnahme vgl. *Gauch/Schumacher*, KommSIA118, Anm. 12, lit. b zu Art. 98.
- Wird die Ablieferung (Abnahme) des Werkes protokollarisch festgehalten, so kann der Bauherr seinen Vorbehalt noch bis zur Unterzeichnung des Protokolls wirksam erklären, sofern die Unterzeichnung in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der zuvor erfolgten Abnahme steht.
- Wird das Werk in Teilen abgeliefert, so kommt es für den Vorbehalt der Konventionalstrafe auf den Zeitpunkt der jeweiligen Teilablieferung an.⁸⁷
- Ein Vorbehalt, den der Bauherr zwar nach Verfall der Konventionalstrafe, aber vor der Ablieferung erklärt hat, braucht nicht wiederholt zu werden.⁸⁸ Ausserdem bedarf es keiner Vorbehaltserklärung, wenn im Zeitpunkt der Ablieferung der Strafanspruch des Bauherrn bereits eingeklagt ist⁸⁹ oder die Parteien sich über die Bezahlung der verfallenen Strafe geeinigt haben.
- Die Beweislast für die rechtzeitige Erklärung des Vorbehaltes trifft den Bauherrn.

(Abgrenzung zum pauschalierten Schadenersatz)

3. Keine Konventionalstrafe, die nach Art. 160 Abs. 2 OR vorbehalten werden muss, ist **der pauschalierte Schadenersatz**, den die Parteien bisweilen verabreden, um die Höhe des zu

⁸¹ Vgl. darüber: *Bentele*, S. 104 ff.

⁸² Vgl. BGE 97 II 352.

⁸³ Vgl. BGE 97 II 350 ff.

⁸⁴ Vgl. *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 474.

⁸⁵ *Bentele*, S. 105.

⁸⁶ Offengelassen in BGE 97 II 354.

⁸⁷ Vereinbarte Verspätungsstrafen, die bis zu einer bestimmten Teilablieferung verfallen sind, müssen spätestens bei dieser Ablieferung vorbehalten werden, damit der Bauherr den entstandenen Strafanspruch behält (vgl. *Gauch/Schumacher*, KommSIA118, Anm. 12, lit. b zu Art. 98).

⁸⁸ Vgl. *Bentele*, S. 105; v. *Tuhr/ Escher*, S. 282. Eine andere Auffassung, die (gestützt auf den Wortlaut des § 341 Abs. 3 BGB) für das deutsche Recht vertreten wird (z.B. BGHZ 33, S. 237), lässt sich nicht auf das schweizerische Recht übertragen.

⁸⁹ Vgl. BGHZ 62, S. 328.

ersetzenden Verspätungsschadens zum vornherein zu bestimmen⁹⁰. Diese Abrede ("liquidated damages clause") bezweckt und ermöglicht eine vereinfachte Durchsetzung des Schadenersatzanspruchs, namentlich in Verspätungsfällen, in denen die Bestimmung des tatsächlich eingetretenen Schadens auf Schwierigkeiten stösst.⁹¹ Insofern dient sie zweifellos den Interessen des Bauherrn, was aber nicht ausschliesst, dass die Abrede nützlich auch für den Unternehmer ist. Bei unverhältnismässiger Höhe der Pauschale soll nach neuerer Lehre und Rechtsprechung Art. 163 Abs. 3 OR analog zur Anwendung kommen.⁹²

Obwohl Konventionalstrafe und Schadenspauschalierung sich in der theoretischen Vorstellung deutlich unterscheiden, kann die praktische Zuordnung der konkreten Abrede erhebliche Schwierigkeiten bereiten⁹³. Richtig ist jedenfalls, eine Strafabrede (keine Schadenspauschalierung) anzunehmen, wenn es den Parteien *in erster Linie* darum geht, dem Berechtigten ein Druckmittel in die Hand zu geben. Ein überaus starkes Indiz für eine solche Zweckbestimmung liegt etwa im Umstand, dass die konkrete Strafabrede verschiedenartige Vertragsverletzungen erfasst, die sie allesamt in gleicher Weise sanktioniert.

VIII. Der Annahmeverzug des Bauherrn

(Im allgemeinen)

1. Der Bauherr kommt bei gegebenen Voraussetzungen⁹⁴ in **Annahmeverzug** (Art. 91 OR), wenn er eine von ihm verlangte Mitwirkungshandlung⁹⁵, die für die Herstellung des Werkes (den Beginn oder die Ausführung der Unternehmerarbeit) erforderlich ist, ungerechtfertigt unterlässt oder verzögert. Dasselbe gilt, wenn der Bauherr ungerechtfertigt eine Handlung verweigert oder verzögert, ohne die der Unternehmer im konkreten Fall das vollendete Werk nicht abliefern kann.⁹⁶

Ein solcher Annahmeverzug des Bauherrn setzt kein Verschulden voraus. Er wird auch "Gläubigerverzug" genannt und hat verschiedene Folgen:

- Zum Beispiel schliesst der Annahmeverzug den Schuldnerverzug des Unternehmers aus⁹⁷,
- bewirkt den Übergang der Gefahrentragung (Art. 376 Abs. 1 OR; SIA-Norm 118, Art. 187 Abs. 4)⁹⁸ und
- berechtigt den Unternehmer zur Auflösung des Vertrages nach Massgabe des Art. 95 OR⁹⁹ (beachte auch SIA-Norm 118, Art. 94 Abs. 2).

⁹⁰ Vgl. *Bentele*, S. 19 ff.; *Gauch/Schluep*, Nr. 3974; *Werz*, S. 147.

⁹¹ Vgl. *Werz*, S. 200.

⁹² *Gauch/Schluep*, Nr. 3974 mit Hinweisen.

⁹³ Vgl. BGE 109 II 468; *Bentele*, S. 20 f.

⁹⁴ Im einzelnen: *Weber*, Berner Kommentar, N 79 ff. zu Art. 91 OR.

⁹⁵ Z.B. Planlieferung, Anweisung des Baugrundes, Einholung der Baubewilligung, Abruf der Bauleistung, Zuführung elektrischer Energie, Erteilung von Weisungen.

⁹⁶ Zu den Mitwirkungshandlungen vgl. neuerdings: *Zeltner*, Die Mitwirkung des Bauherrn bei der Erstellung des Bauwerkes, Diss. Freiburg 1993. Ausführlich zum Annahmeverzug des Bauherrn: *Chavanne*, S. 125 ff.; *Werz*, S. 270 ff. Zur nicht rechtzeitigen Koordinierung der Arbeiten: *Scherrer*, S. 44 f.

⁹⁷ Statt aller: *Schenker*, S. 86 f.; *Zeltner*, S. 97 ff.

⁹⁸ *Chavanne*, S. 143 und 146 f.; *Zeltner*, S. 100.

Für die Baupraxis bedeutsam ist vor allem der Verzug mit einer Mitwirkungshandlung. Denn im Normalfall treffen den Bauherrn vielfältige "Mitwirkungspflichten", durch deren Erfüllung er an der Bauausführung teilnimmt. Mangels anderer Abrede handelt es sich bei diesen Pflichten um schlichte Obliegenheiten, nicht um (echte) Rechtspflichten¹⁰⁰. Das aber ändert nichts am Faktum, dass der Unternehmer durch eine unterlassene oder verzögerte Mitwirkung in aller Regel erheblich behindert wird.

(Mehrvergütung und Schadenersatz)

2. Wird der Unternehmer in der Ausführung des Werkes behindert, weil der Bauherr eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt oder verzögert, so stellt sich vor allem auch die **Frage nach den vermögensmässigen Konsequenzen** der Behinderung. Diesbezüglich muss unterschieden werden:

- Sicher ist, dass ein Mehraufwand, den der Annahmeverzug des Bauherrn beim Unternehmer bewirkt, für die Bemessung der nach Art. 374 OR geschuldeten Aufwandvergütung mitzuberücksichtigen ist¹⁰¹. Aber auch bei einer Vergütung nach festen Preisen (Art. 373 Abs. 1 OR) hat der Unternehmer Anspruch auf eine Mehrvergütung, welche die durch den Annahmeverzug verursachten Zusatzkosten abdeckt¹⁰². Das deutsche BGB ist diesbezüglich explizit, indem es dem Werkunternehmer eine "angemessene Entschädigung" zubilligt, wenn der Besteller durch das Unterlassen einer ihm obliegenden Handlung in Annahmeverzug gerät (§ 642 BGB). Ähnlich lautet § 1168 Abs. 1 des österreichischen ABGB, wonach der Unternehmer eine "angemessene Entschädigung" verlangen kann, wenn er infolge von Umständen, "die auf Seite des Bestellers" liegen (Satz 1), "durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt" wurde (Satz 2).¹⁰³

Im schweizerischen Werkvertragsrecht fehlt eine entsprechende Gesetzesbestimmung. Das ist meines Erachtens eine Gesetzeslücke, die der Richter nach Massgabe des Art. 1 Abs. 2 ZGB ausfüllen muss. Somit kann der Unternehmer (mangels anderer Abrede) auch nach schweizerischem Recht verlangen, dass ihn der Bauherr für Mehraufwendungen, die auf Annahmeverzug beruhen, durch eine kostendeckende Mehrvergütung "entschädigt". Ein Verschulden des Bauherrn ist nicht erforderlich, weshalb der Anspruch auf Mehrvergütung selbst dann besteht, wenn die Behinderung durch verzögerte oder mangelhafte Vorunternehmerleistungen verursacht wurde. Dass der Vorunternehmer im Verhältnis zum Unternehmer keine Hilfsperson des Bauherrn (Art. 101 OR) ist, ändert nichts am Bestand des verschuldensunabhängigen Mehrvergütungsanspruchs.

- Vom Anspruch auf Mehrvergütung zu unterscheiden ist ein allfälliger Schadenersatzanspruch des Unternehmers. Die blosse Behinderung der Werkausführung durch unterlassene oder verzögerte Mitwirkung gibt dem Unternehmer keinen Anspruch auf Schadener-

99 Vgl. BGr. Semjud 1989, S. 334, allerdings mit Verweis auf Art. 96 OR; *Chavanne*, S. 143; *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 903 OR; *Honsell/Bernet*, N 1 ff. zu Art. 95 OR; *Zeltner*, S. 101.

100 *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 896; *Chavanne*, S. 130 f.; *Pedrazzini*, SPR VII/1, S. 542 f.; anders: *Zeltner*, S. 135 ff.

101 Vgl. *Scherrer*, S. 51 f.; *Werz*, S. 268; *Zeltner*, S. 121 f.

102 *Zeltner*, S. 122 ff.

103 Beide Gesetzesbestimmungen sprechen zwar von "Entschädigung", meinen aber nicht Schadenersatz, sondern geben dem Unternehmer Anspruch auf eine Zusatzvergütung (so: *Nicklisch/Weick*, VOB Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B, Kommentar, 2. Aufl., München 1991, Einl. §§ 4-13 VOB/B, N 46 f., N 62; *Krejci*, in: Rummel (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 2. Aufl., Wien 1990, N 28 zu § 1168 ABGB; anders z.B. noch *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 901).

satz¹⁰⁴, sofern nicht etwas anderes vereinbart wurde (anders z.B. SIA-Norm 118, Art. 97 Abs. 1). Diese Rechtslage entspricht der Feststellung, wonach es sich bei den "Mitwirkungspflichten" um schlichte Obliegenheiten (nicht um Rechtspflichten) handelt.

Verschieden ist die Rechtslage, wenn der Unternehmer infolge *fehlerhafter* Mitwirkungshandlungen (z.B. bei Lieferung mangelhafter Stoffe) Schaden an seinen Rechtsgütern erleidet. Aus einer derartigen Schädigung kann durchaus ein Schadenersatzanspruch des Unternehmers entstehen¹⁰⁵. Denn aus der fehlenden Rechtspflicht zur Mitwirkung ergibt sich kein Recht des Bestellers, den Unternehmer durch tatsächlich vorgenommene Mitwirkungshandlungen zu schädigen. Vielmehr greift insofern die Nebenpflicht des Unternehmers ein, alles Zumutbare und Mögliche zu tun, um den Unternehmer bei der Werkausführung vor Schaden zu bewahren.¹⁰⁶

3. Die Zuordnung der «Mitwirkungspflichten» zu den Obliegenheiten wird in der neueren Literatur zwar nicht grundsätzlich bestritten. Wohl aber wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Auslegung des einzelnen Werkvertrages möglicherweise etwas andere ergibt: dass nämlich nach dem vereinbarten Inhalt des konkreten Vertrages die Mitwirkungspflichten des Bestellers **ausnahmsweise echte Verpflichtungen sind**, deren Erfüllung der Unternehmer einklagen und bei deren Verletzung er allenfalls Schadenersatz fordern kann.¹⁰⁷

Ob eine solche Vereinbarung getroffen wurde, ist eine Frage der Vertragsauslegung, bei deren Beantwortung der Richter den konkreten Vertrag zu beurteilen hat, weshalb sich jeder Schematismus verbietet. Insbesondere ginge es zu weit, wollte man für bestimmte (etwa langfristige) Bauwerkverträge von vornherein annehmen, dass sie eine stillschweigende Vereinbarung echter Mitwirkungspflichten (an Stelle von Obliegenheiten) in sich schliessen. Zu undifferenziert ist aber auch der Vorschlag¹⁰⁸, die Grenzlinie zwischen echter Verpflichtung und Obliegenheit so zu ziehen, dass die vertragliche Übernahme einer atypischen (unüblichen) Mitwirkungshandlung eine Rechtspflicht des Bestellers begründet, während typische Mitwirkungshandlungen Gegenstand blosser Obliegenheiten bleiben.

¹⁰⁴ Anders: *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 901; *Werz*, S. 278 f.

¹⁰⁵ *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 902; *Werz*, S. 280; *Zeltner*, S. 127.

¹⁰⁶ *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 902/894.

¹⁰⁷ Vgl. *Gauch*, Werkvertrag, Nr. 905, und *Gehrer*, S. 173 f., jeweils mit weiteren Hinweisen; grundlegend: *Nicklisch*, Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, Betriebs-Berater 1979, S. 533 ff.

¹⁰⁸ *Werz*, S. 273.